



International Academy of Comparative Law

---

Académie Internationale de Droit Comparé

Silvia Ferreri  
Editor

**COMPLEXITY OF  
TRANSNATIONAL SOURCES**

**LA COMPLEXITÉ DES SOURCES  
TRANSNATIONALES**

*Reports to the XVIII<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*

*Rapports au XVIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*

Washington, D.C. 2010

GABRIEL GARCIA CANTERO

**LA COMPLEXITÉ DES SOURCES TRANSNATIONALES  
ESPAGNE**

Electronic edition of the national reports presented to the XVIII<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law on the theme «Complexity of Transnational Sources» prepared by the Isaidat Law Review for the *Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato* (SIRD).

Copyright by each author.

With the editorial assistance of Laura Lasagna

Version électronique des rapports nationaux présentés au XVIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé sur le thème «La complexité des sources transnationales», préparée par la Revue Juridique de l'Isaidat pour la *Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato* (SIRD).

Droit d'auteur: chaque auteur est titulaire de droit propres sur sa contribution.

Merci à Laura Lasagna pour la révision des textes

ISSN: 2039-1323

(2011) Volume 1 –Special Issue 3, Article 10

# LA COMPLEXITÉ DES SOURCES TRANSNATIONALES ESPAGNE

GABRIEL GARCIA CANTERO\*

I. Quelques références historiques pour mieux comprendre le problème sous la perspective du droit espagnol . - II. La hiérarchie des sources du droit en Espagne. III. La Constitution de 1978. - IV Les conséquences de la rentrée de l'Espagne dans la Communauté Européenne en 1986. - V. Vers l'élargissement de l'énumération des sources de droit ainsi que quant au changement de sa hiérarchie. - VI . Le Droit étrangère dans le procès judiciaire. - Réponse au questionnaire. – Demande 1. – Demande 2. – Demande 3. – Demande 4. – Demande 5. – Demande 6.

## **I. Quelques références historiques pour mieux comprendre le problème sous la perspective du droit espagnol**

Année 1973: Réforme en profondeur du Titre préliminaire du Code civil de 1889, et notamment de l'art. 1 qui énonce les sources du droit en y faisant une allusion expresse au Traités Internationaux.

La nouvelle Constitution de 1978 qui transforme l'État espagnol dans une Monarchie parlementaire démocratique et crée le Tribunal Constitutionnel en suivant préféremment le modèle allemand. Les arts. 93 à 96 règlent la matière "Des Traités internationaux", et développent et complètent l'art. 1.5 du Code civil (réformé en 1973) en établissant la procédure pour intégrer ceux-ci dans le système juridique interne de l'Espagne.

L'adhésion de l'Espagne à l'Union Européenne en 1985. À partir du 1<sup>er</sup> janvier 1986 tout l'*acquis communautaire* fait partie du droit espagnol et pour l'avenir notre pays renoncé à légiférer dans les matières contenues dans les Traités de l'Union Européen. On ouvre ainsi la porte à la problématique qui suscitent en droit espagnol la valeur juridique des Règlements, des Directives et d'autres normes édictées par l'UE.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2000 a rentré en vigueur la nouvelle "Ley de enjuiciamiento civil" (en réalité, notre "Code de Procédure civile") qui remplace celle de 1881 (par la suite, abrégée: Lec2000) et qui

---

\* Catedrático de Derecho civil, emérito de l'Université de Zaragoza (Espagne).

s'occupe de la preuve du droit étrangère invoqué devant le tribunal espagnol.

## II. La hiérarchie des sources du droit en Espagne

En apparence il n'y a pas de différence entre l'art. 6 al. 2, de la rédaction originale du Code civile en 1889 et dans la réforme de 1973 qui règle cette matière, parce que les sources de droit sont toujours les mêmes:

- (a) la loi,
- (b) la coutume, et
- (c) les principes généraux du droit.

Mais la nouvelle rédaction de l'art. 1 Cc, en dépit des abondants perfectionnements techniques y introduits, on ajoute à l'énumération des sources du droit les cas des traités internationaux et la jurisprudence<sup>1</sup>.

Pour la première fois le Cc établie à ce propos que:

Les normes juridiques contenus dans les traités internationaux seront d'application directe en Espagne une fois que celles-ci sont intégrés à l'ordonnancement interne moyennant sa complète publication dans le *Journal Officiel* de l'État.

Dans ses effets, le Traité semble pareil à une loi. La norme prévoit, en conséquence, qu'un certain nombre de règles juridiques provenant d'autres sources peuvent faire partie en Espagne, directement du droit en vigueur. Mais l'arrêt de 22 mai 1989 de la Cour de Cassation souligne le profond changement de critère que cela signifie: "Face à l'ancienne doctrine qui régnait parmi les internationalistes classiques soutenant le point de vue de que les Traités et les Conventions internationaux, en elles mêmes n'avaient pas la force d'une source créatrice du droit interne, mais seulement celle d'une règle obligatoire pour les États qui l'avaient signé, lesquels en étaient obligés à promulguer après la signature du Traité l'acte juridique interne adéquate (loi, décret etc.)". En conséquence on constate l'existence d'une *Communauté juridique internationale* basée sur les Traités et les Conventions internationaux, et sur le principe

---

<sup>1</sup> Sur la valeur de la jurisprudence (ou le précédent) en droit espagnol voyez mon rapport présenté au Congrès de Utrecht de 2006 (GARCÍA CANTERO, *Le précédent et la loi. Rapport de droit espagnol*, dans le vol. *Precedent and the law* [ed. by E. HONDIUS] Bruylant, Bruxelles 2007, p.189-207).

de solidarité et de l'interdépendance parmi les rapports internationaux, de sorte qu'il est née une nouvelle conception de la souveraineté basée sur les idées de l'intégration et de la soumission des États aux principes supranationaux. De sa part, l'arrêt de la Cour de Cassation de 24 octobre 1995 confirme qu'une Convention, ratifiée par l'Espagne et publiée dans le *Journal Officiel de l'État* représente sans aucune doute une source spécifique de l'ordonnement juridique espagnol.

Il faut ajouter que la réforme de 1973 avait réformé aussi les règles du Droit International Privé (traditionnellement contenus dans le Code civil), de sorte que les articles 8 à 12 Cc expriment le système espagnol de conflits pour régler les rapports - de plus en plus nombreux et fréquents - dans lesquels il y aura, au moins, un élément étranger; et dans ce corps de règles il y a beaucoup des références aux lois étrangères lesquels devront appliquer les Tribunaux en suivant le principe *iura novit curia*<sup>2</sup>.

### III. La Constitution de 1978

Le Code civil espagnol depuis sa promulgation à la fin du XIX siècle c'est vrai qu'il en avait connu plusieurs régimes politiques (Monarchie, II<sup>ème</sup> République, Régime du Général Franco, Monarchie de Juan Carlos I); tous ces changements politiques, même d'une certaine profondeur dans les rapports privés des citoyens, avaient-ils respecté jusqu'au moment la structure et le contenu du Cc; cependant et après la dernière transition politique, le Cc a du être réformé sectoriellement pour le mettre d'accord avec les nouveaux principes constitutionnels, surtout dans le domaine du Droit de la famille (il s'agit des réformes intervenues pendant les années 1981-1990; et notamment en matière de filiation, mariage, tutelle, adoption et succession). Mais le Titre Préliminaire, dans la matière qui nous intéresse ici, il n'a pas été touché.

Pourtant les *articles 93 à 96 de la Constitution*, qui règlent la matière "Des Traités Internationaux" vont compléter par la suite

---

<sup>2</sup> Selon l'art. 12, al. 6 Cc: "Les Tribunaux et les Autorités devront appliquer *ex officio* les normes du conflit du Droit espagnol,". En se référant aux *Autorités*, il semble que les fonctionnaires publiques en général y sont contemplés.

ce qui dit l'art. 1.5 Cc à propos des Traités internationaux en tant que source du droit.

Tout d'abord l'art. 93 avait prévu l'adhésion de l'Espagne à la Communauté Européenne et puis à l'Union Européenne; pour cela on exigeait l'autorisation du Parlement moyennant ce qu'on appelle une *loi organique* (c.à.d approuvée par une majorité renforcée) au but de célébrer des Traités par lesquelles on attribuera à une organisation ou à une institution internationale l'exercice des compétences dérivées de la Constitution (en d'autres termes: pour réaliser une cession de la souveraineté).

Selon l'art 94 le Parlement devra autoriser la signature de certains Traités: tous ceux qui possèdent un caractère politique ou militaire, ceux qui affectent à l'intégrité territoriale de l'État ou aux droits et devoirs fondamentaux des citoyens; aussi ceux qui obligent financièrement l'État; et, finalement, ceux qui obligent l'État à promulguer, modifier ou déroger des lois en vigueur.

D'accord à l'art. 95, pour le reste des Traités et Conventions - c.à.d., il s'agit de la plupart qui fait référence au Droit privé - il suffit d'informer le Congrès et le Sénat une fois signé les uns ou les autres. Il est prévu aussi la consultation préalable, soit de la part du Gouvernement, soit du Congrès ou du Sénat, au Tribunal Constitutionnel à propos de la possible contradiction d'un Traité ou d'une Convention en avec la Constitution.

Mais la règle plus importante de la Constitution dans cette matière se trouve à l'art. 96 qui vient à compléter strictement la disposition de l'art. 1.5 Cc:

(1) Les Traités internationaux célébrés validement, une fois publiés officiellement en Espagne, font partie de l'ordonnancement interne. Ses dispositions seulement peuvent être dérogées, modifiés ou suspendues dans la forme prévue dans les mêmes Traités ou d'accord aux règles du Droit international.

(2) Pour dénoncer les Traités et les Conventions internationaux on utilisera la même procédure prévue à l'art. 94 pour son approbation.

En conséquence, les Traités et les Conventions, en tant que sources du droit interne, possèdent une efficacité renforcée à l'égard des lois ordinaires parce qu'ils ne peuvent pas être abrogées par une autre loi, mais ils doivent se soumettre à la procédure générale d'abrogation des Traités.

#### **IV Les conséquences de la rentrée de l'Espagne dans la Communauté Européenne en 1986**

Cette rentrée a eu un grand nombre des conséquences dans beaucoup des domaines pour l'Espagne. Pour les juristes on a du s'habituer rapidement à des concepts tels que l'acquis communautaire et aussi à l'usage des sources du Droit communautaire, surtout des Règlements et de Directives, dont la terminologie et le fonctionnement ne s'adaptent pas facilement au texte de l'art. 1 du Code civil. Il me semble que dans un court délai l'adaptation s'est bien fait à niveau de l'enseignement aux Facultés de Droit et aussi dans le langage judiciaire, surtout de la Court de Cassation. Cependant la réflexion de la doctrine autour de ces questions se produit un peu plus tard. Est-ce qu'on peut parler en Espagne d'une nouvelle hiérarchie des sources du droit après la Constitution et l'intégration du pays de plein droit en Europe?

#### **V. Vers l'élargissement de l'énumération des sources de droit ainsi que quant au changement de sa hiérarchie**

Traditionnellement la doctrine civiliste ouvre l'exposé de la matière avec la théorie des sources de droit. Après la Constitution on y invoque l'art. 149.1.8 de celle-ci, selon lequel l'Etat a la *compétence exclusive* pour la détermination des sources du droit<sup>3</sup>.

Même si l'art. 1 Cc n'est pas touché directement par la Constitution, dans la doctrine civiliste on soutient que la hiérarchie traditionnelle des sources du droit ainsi que son énonciation a subi l'influence de celle-ci<sup>4</sup>. Malgré q'il n'y a pas une doctrine

---

<sup>3</sup> La norme ajoute: "en respectant les règles du droit foral ou spécial". Mais je ne veux pas me référer à cette question typiquement du droit espagnol qui suppose la coexistence en Espagne d'un Droit civil d'application générale représentée par le Code civil, et des Droits civils d'application territorial; ce pluralisme législatif en matière de Droit civil il est reconnu à l'art. 149.1.8 de la Constitution de 1978.

<sup>4</sup> En réalité il n'existe pas dans cette matière d'unanimité chez les auteurs de sorte que la question n'est pas exposée de la même manière, même s'il y a des coïncidence dans l'essentiel. Voyez O'CALLAGHAN MUÑOZ (professeur de Droit civil et Magistrat de la Cour de Cassation), *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 6<sup>a</sup> ed. (Las Rozas, Madrid 2008), págs. 12 et suivantes. LACRUZ

uniforme, maintenant on pourrait énoncer comme suit la hiérarchie des sources du Droit espagnol:

- (1) La Constitution de 1978;
- (2) Les Traités et les Conventions internationaux;
- (3) Les Règlements et les Directives communautaires;
- (4) La Loi;
- (5) La Coutume; et, finalement,
- (6) Les Principes généraux du droit.

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître à la Constitution la valeur juridique suprême. Tous les citoyens et les pouvoirs publics y sont soumis (art. 9.1 CE). Dans la Constitution y en est contenue la procédure pour la production des normes (principe de légalité, hiérarchie et publicité: art. 9.3 CE), et l'attribution de la faculté de créer les normes (art. 149.1.8° CE), et la valeur des Traités internationaux (art. 96 CE), et finalement la proclamation solennelle: *La justice émane du peuple et elle est administrée par les Juges et les Tribunaux soumis uniquement à l'empire de la loi (art. 117.1 CE).*

On peut se surprendre quelque peu du lieu préférentiel attribué en général aux Traités dans la hiérarchie des sources, mais la doctrine soutient clairement cette préférence<sup>5</sup>. Les sources du Droit communautaire appartiennent au genre des Traités, mais une fois ratifiée l'adhésion, les Règlements et les Directives jouissent en réalité d'un régime spéciale. L'arrêt de 14 février 1991 du Tribunal Constitutionnel espagnol a déclaré qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1986, le Règne de l'Espagne se trouve soumis au Droit des Communautés Européennes, originaire et dérivé, lequel représente un système juridique propre intégré dans le système juridique des états membres qui s'impose à ses organes juridictionnelles. Le

---

*et alii*, *Elementos de Derecho civil*, I-1°, 3<sup>ème</sup> éd., (Madrid 2002) pág. 116 et suivantes. DE PABLO CONTRERAS, dans *Curso de Derecho Civil (I) Derecho de la persona*, 3<sup>ém.</sup> éd. (Madrid 2008) págs. 105 et suivantes.

<sup>5</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ op. cit. pág. 12 et s. Pour cet auteur le Traité international c'est un accord international souscrit par écrit entre États, ou bien entre les organisations internationales et les États, ou seulement entre les organisations de ce genre, régi par le Droit international, soit qu'il figure dans un seul instrument ou en plusieurs, et soit quelconque sa dénomination.



même Tribunal dans son arrêt de 22 mars 1991 a déclaré que lui-même n'est pas compétent pour contrôler l'adéquation du droit interne aux Directives, tâche qui correspond en réalité au Tribunal de Justice des Communautés. Quant à la valeur des Directives communautaires encore non transposés en droit interne espagnol, l'arrêt de 18 mars 1995 de la Cour de Cassation déclare qu'elles manquent d'effet directe, mais si le délai pour la mettre en application est écoulé par inaction de l'État, celles-ci peuvent produire l'effet verticale (dans les litiges entre les particuliers et l'État), mais non plus l'effet horizontal (dans les litiges célébrés exclusivement parmi les particuliers). Même dans ce dernière cas (manque de l'effet horizontal, le TJCE a déclaré que les tribunaux nationaux ont le devoir d'interpréter leur droit selon le droit communautaire, ce qui a ratifié la Cour de Cassation espagnole (arrêts 5 juillet 1997 et 20 février 1998).

## VI . Le Droit étrangère dans le procès judiciaire

Le principe quelque peu universel *jura novit curia*, ne s'applique pas, en principe, au droit étrangère. La nouvelle Lec2000 n'a pas changé, à première vue, le droit antérieur en vigueur en Espagne<sup>6</sup>:

" Art. 281. 2 : Le droit étrangère sera l'objet de preuve

[ ... ] Le droit étrangère devra être prouvé quant à son contenu et à son vigueur, et le Tribunal pourra utiliser tous les moyens nécessaires à l'objet de sa connaissance et de son application."

La raison semble claire parce que l'enseignement aux Facultés de Droit a principalement pour l'objet le droit national et non plus les droits étrangers<sup>7</sup>. Mais cette affirmation, d'une part, correspond plutôt à une étape historique qui a certainement

---

<sup>6</sup> Selon l'ancienne jurisprudence (arrêts de la Cour de Cassation de 26 mai 1887, 9 juillet 1895, 19 novembre 1904, 30 janvier 1930, 1 janvier 1934, 4 décembre 1935, 9 janvier 1936, et 30 juin 1962) l'application du droit étrangère représente une question de fait et doit être alléguée et prouvée par la partie qui l'invoque, de telle manière qu'il faut prouver pas seulement la réalité du droit en vigueur, mais que sa portée et son interprétation ne suscite pas aucune doute raisonnable aux tribunaux espagnols, et que la preuve en soit fait par écrit.

<sup>7</sup> D'ici on prend le départ de l'accusation fréquente d'être *chauvinistes* toutes les Facultés du Droit.

évolué, et d'autre part, d'un point de vue réaliste il faut reconnaître qu'on ne peut pas prétendre enseigner dans chaque Faculté de Droit tous les systèmes juridiques du monde.

Cependant, la règle ne s'applique pas aux règles du Droit International privé espagnol selon l'art. 12.6 Code civil, lequel établit que:

Les Tribunaux et les Autorités appliquent d'office les normes de conflit du droit espagnol.

Cela signifie que si la norme espagnole de conflit détermine qu'une loi étrangère règle la capacité du mineur ou l'incapacité du testateur pour en faire testament, le juge espagnol devra appliquer d'office la loi étrangère et pas la loi espagnole.

Mais si la règle c'est que le droit étranger doit être prouvé par la partie qui l'a invoqué dans le procès, l'art. 281.2 Lec2000 établit, encore, une modération ou plutôt une nuance: Le Tribunal ou le Juge sont-ils autorisés à en faire toute classe de démarches ou de recherches pour mieux arriver à connaître le droit étranger applicable; la connaissance personnelle du Juge n'est pas exclue. La jurisprudence sur cette règle est très abondante.

Selon l'arrêt de 25 janvier 1999, la preuve du droit étranger devra comprendre les points suivants:

- (1) L'existence de la norme juridique étrangère,
- (b) qu'elle se trouve en vigueur,
- (c) qu'elle est applicable au cas, et
- (d) que l'interprétation proposée ne suscite aucune doute aux tribunaux espagnols.

L'arrêt de 15 novembre 1995 concernant le droit de successions *mortis causa* à l'Etat de Maryland (USA), considère opportune que le juge espagnol s'adresse à l'Ambassade des Etats Unis pour connaître le droit y applicable. Selon l'arrêt de 10 mars 1993 il faudra prêter beaucoup d'attention aux systèmes de la *Common Law*, dont leur droit, de règle, n'est pas contenu dans des codes ou textes légaux, et pourtant il estime positive la possibilité accordée aux parties en litige de présenter un Avis d'un organe officiel de Londres, et aussi du Ministère espagnol de la Justice à propos du droit en vigueur (dans le cas, celui-ci était pareil au droit espagnol du contrat de vente). Par exemple, on pourra fournir la preuve par une photocopie de la *Gazzeta Ufficiale* (arrêt de 17 mars 1992), ou bien par l'avis de deux juristes du pays (arrêt de 12

novembre 1976), ou par un certificat du Consulat complété par l'opinion de deux juristes du même pays (arrêt de 3 février 1975).

Quoi-faire si le droit étranger n'est pas prouvé devant le Tribunal? À ce propos il y a une jurisprudence très réitérée (arrêts de 11 mai 1989, 7 septembre 1990, 16 juillet 1991, 23 mars 1994, 27 décembre 2006 et 7 avril 2007), si le droit étranger n'est pas connu de manière pleine et satisfaisant par le tribunal espagnol celui-ci devra appliquer le droit espagnol.

### Réponse au questionnaire

#### *Demande 1*

Oui, d'une manière progressive l'intérêt suscité chez les cercles les plus spécialisés, se répand surtout dans la doctrine juridique. Peut être il faudra faire une distinction: en effet, l'intérêt pour le droit étranger se concentre d'abord autour du droit communautaire et moins sur les autres traités internationaux; il me semble que l'existence de 20.000 environ des Directives (c'est l'*acquis communautaire*) représente l'argument décisif à ce propos. Quant au corps judiciaire espagnol, en 2008 on citait 40 arrêts environ dans lesquels on fait allusion aux Principes de Droit Européen de la Commission Lando et aussi aux Principes sur la Responsabilité civile, sans que ces règles constituaient de droit applicable, soit pour confirmer la jurisprudence ou la législation civil ou commerciale interne, soit pour combler les lacunes du droit espagnol par exemple en matière de contrat de vente, mais, jusqu'à présent, pas pour contredire le droit en vigueur en Espagne<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Voyez M<sup>a</sup> del Pilar PERALES VISCASILLA, *Aplicación jurisprudencial de los principios de derecho contractual europeo*, dans le vol. "Derecho privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro" (coord. M<sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO *et altri*, ("Cizur" Menor, Navarra, 2008) págs. 472 et suiv. Parmi les membres du corps judiciaire l'auteur croit voir une *race to the bottom* dont le résultat c'est que les tribunaux inférieurs acceptent la doctrine de la Cour de Cassation, mais aussi *une race to the top* parmi les Conseillers de la Cour de Cassation pour en appliquer le mieux ce nouveau droit européen de contrats. Point de vue trop subjective et optimiste de cette prof. de Droit International Privé?

*Demande 2*

Pour le moment, il y a une proposition très intéressante de la part d'un organe administrative et à caractère consultatif. C'est le "Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español"<sup>9</sup>, 380 pgs. 2008, qui pourtant a une portée plus étendue que l'objet ici poursuivi. Dans ce rapport on propose au Gouvernement que tous les affaires concernant l'UE en dépendent d'un seul Ministère. Selon cette *informe* l'Espagne devra intensifier sa présence dans la préparation et la formation du Droit communautaire. Il faudra répondre plus agilement qu'auparavant aux *Livres Verts ou Blancs* émanant de Bruxelles, ainsi qu'aux instruments de *soft law* préparés par la Commission Européenne. On alerte sur l'utilisation des catégories juridiques étrangères à notre droit. Pour cela on suggère que la consultation au Conseil d'État se fasse préalablement à sa discussion et approbation. On suggère l'élaboration d'une Guide de Transpositions de Directives. On prête spéciale attention au cas où la transposition des Directives en pourra être compétent des Communautés Autonomes espagnoles.

*Demande 3*

Oui, aux Ministères de Justice et des Affaires Etrangères on tient compte de manière détaillée et complète, des Traités et Conventions signés par l'Espagne, ainsi que le Parlement se charge de les enregistrer aux effets de leur ratification.

*Demande 4*

Pendant sa période de formation les Juges et les Procureurs de l'État (en espagnol *Fiscales*) reçoivent une formation très spécifique y inclue l'application du droit étranger. Pendant toute leur vie active, les *Jueces*, *Magistrados* et *Fiscales* sont invités à participer dans beaucoup des réunions et Journées d'Études organisés par le *Conseil Générale du Pouvoir Judiciaire* qui représente l'organisation indépendante du Pouvoir Judiciaire.

---

<sup>9</sup> *L'Avis du Conseil de l'État sur l'intégration du Droit européen dans l'Ordonnement espagnol.*

*Demande 5*

Cet organe n'est pas prévu en droit espagnol. Dans le cas où cet organe pourra exister je vois très convenable un Registre généralisé.

*Demande 6*

En principe c'est la Chambre Civile ou Chambre première de la Cour de Cassation la plus sensible - pour ainsi dire - quant à l'application de la législation étrangère. Chez nous il y a des Tribunaux *contencioso-administrativos*, cependant ils ne font pas partie de l'Administration, mais du Pouvoir Judiciaire. En tout cas, ces dernières Cours à l'heure actuelle sont de plus en plus sensibles aussi à l'application du Droit communautaire (par ej. Droit des contrats publics, responsabilité par contamination etc.).